Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Fünfter Band. Drittes Heft.

I.

Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien.

Vom Geheimen Hofrath Thibaut.

Wenn man das, was in den letzten dreißig Jahren durch genaues Quellen-Studium, wie durch geſchichtliche und philoſophiſche Bearbeitung, für das Römiſche und Deutſche Recht geſchehen iſt, mit dem vergleicht, was in den, unmittelbar vorhergegangenen fünfzig Jahren für die Rechtswiſſenſchaft geſchah: ſo fällt es von allen Seiten in die Augen, daß diesmal die neuere Zeit der älteren weit vorzuziehen iſt, und daß die glücklichſten Fortſchritte gemacht ſind, welche man vor dreißig Jahren kaum für möglich gehalten haben würde, auch abgeſehen von der zufälligen Entdeckung wichtiger Geſchichtsquellen. Es hat freilich in jener früheren Periode nicht wenig ausgezeichnete Rechtsgelehrte gegeben, welche, wenn ſie ſich der ſchriftſtelleriſchen Thätigkeit ganz hätten ergeben wollen, unfehlbar etwas Claſſiſches würden geliefert haben, wie z. B. G. B. Beckmann, und mein, höchſt vielſeitig gebildeter College Trendelenburg in Kiel, welcher, ungeachtet ſeiner ungemeinen practiſchen Gewandtheit und Regſamkeit, ein eleganter Juriſt im beſten

Sinne des Wortes war, und das hiſtoriſch-philologiſche Rechtsſtudium über Alles liebte. Allein es herrſchte nun einmal in Betreff der ſchriftſtelleriſchen Thätigkeit eine eigene Art von Apathie und Negativität, und dieſe ward nicht wenig unterhalten durch das Anſehn, worin damals noch, zum Theil mit Recht, die critiſchen Blätter ſtanden. Ich habe zwei bedeutende Männer gekannt, welche es kaum ertragen hätten, wenn ſie in der allgemeinen deutſchen Bibliothek, oder den Göttingiſchen Anzeigen ernſtlich getadelt wären, und ſo lieber ſich auf kleine, von den Zeitſchriften gewöhnlich nicht beachtete Diſſertationen beſchränkten. Bei dieſer Lage der Dinge war denn die beſte Gelegenheit, einer trägen und bequemen Praxis die Herrſchaft zu verſchaffen. Wären an der Spitze dieſer Praxis große Männer geſtanden, wie Carpzov, Mevius und Wernher, ſo hätte die Sache hingehen mögen. Allein das fehlerhafte Lehrbuch von J. H. Böhmer (in ſpäteren Jahren ſelbſt von dem Verfaſſer deſſelben wenig geachtet), und das noch weit ſchlechtere Lehrbuch von Hellfeld vertrat die Stelle der alten gewichtigen Auctoritäten; und daran ſchloß ſich ſogar noch der Commentar von Höpfner, dem Webers Noten zwar nachgeholfen, aber im Weſentlichen nicht geholfen haben. So war es denn auch bei dem neuen Aufſchwunge der wiſſenſchaftlichen Thätigkeit ſehr leicht, ſich muthig der Praxis entgegenzuſetzen, und dieſe überall verächtlich und lächerlich zu machen, beſonders da es noch dazu Mode geworden war, aus den Sätzen weniger Lieblingsſchriftſteller ſogleich dreiſt eine communis opinio abzuleiten, und dieſe als recepta sententia geltend zu machen. Daher ſieht man auch ſchon jetzt ein vielfaches Schwanken der Praxis, und unſre Juriſtenfacultäten ſind, als Spruchcollegien, ſchon recht oft in dem Beſtreben vorangegangen, das Neue gegen das Alte zu vertheidigen.

In der That wäre es auch ein übler Umſtand, wenn die neuen theoretiſchen Erfindungen nicht zur Verbeſſerung

des Herkömmlichen benutzt werden sollten. Allein dennoch muß man lebhaft wünschen, daß die Praxis nicht zu tief sinke, und ihren eigenthümlichen, wenn auch nicht überwiegenden, Werth gegen die Theorie behaupte. Eine gewisse Opposition ist in der Regel dem bürgerlichen Leben nothwendig. Denn die ungehinderte Kraft überschreitet nur zu leicht ihre Grenzen, oder sie erschlafft, weil sie durch keinen Reiz wach erhalten wird. Die Rechts-Theorie kann aber ohne fleißige Berücksichtigung der Praxis durchaus nicht bestehen. Denn erst im practischen Leben lernt man genau die Rechtsbedürfnisse, und den Erfolg der Rechtsgrundsätze kennen, und ein großer Theil unsrer Rechtsbücher (namentlich das Römische Recht, und insbesondere der beste Theil desselben, die Pandekten) entstand nicht aus philosophisch-historischen Untersuchungen, sondern aus der Betrachtung des Lebens, findet also grade in dem Leben seine beste Erklärung, und die zur vorsichtigen und geschickten Anwendung nöthigen Fingerzeige. Woher sollte es auch sonst gekommen seyn, daß man so oft mit vollem Grunde über das practische Ungeschick bedeutender Theoretiker klagte? Es liegen aber in manchen Eigenthümlichkeiten unsrer Zeit noch besondere Gründe, warum man der Praxis ihre Ehre zu erhalten suchen soll. Vielfache Aufregungen haben nämlich einen Dünkel und eine Selbstsucht hervorgerufen, dergleichen früher wenig vorkam. Welchen schnöden und schneidenden Ton haben sich viele unsrer jüngeren Schriftsteller angewöhnt? Wie sind sie so leicht auf der Stelle über alles Andre erhaben, wenn sie sich in ein paar Puncten klüger glauben, als die, von denen sie den besten Theil ihres Wissens erlernten? und welche Rücksichtslosigkeit und Anmaßung herrscht überall, wo man sonst jugendliche Bescheidenheit und Selbstverleugnung fand? Es läßt sich dies jetzt am wenigsten mit ruhigem Mitleiden ansehen. Denn unsre Gerichte sind leider auch gesunken. Der Nepotismus hat sie vielfach mit Halbjuristen angefüllt, denen die vorschnelle Eigenmacht am besten zusagt; auch ist es

da und dort ſogar dahin gekommen, daß man die Gerichte gleichſam als Ausleerungsplätze behandelt, wo man ſich der Staatsdiener entledigt, welche man an andern Orten als unbequem, oder unbrauchbar gern entfernen möchte. Und auf allen Fall bleibt ſo viel gewiß, daß man der herkömmlichen Praxis unbedingt das Wort reden ſoll, wo ſie nicht weniger für ſich hat, als eine neue Theorie, und wo alſo der Wechſel den Rechtsfrieden ohne hinreichenden Grund ſtört. Bei der Dunkelheit und Dürftigkeit unſrer Geſetze treten aber Fälle dieſer Art ſehr häufig ein; und da iſt doch in der That nicht einzuſehen, warum man das Angewohnte verlaſſen, und es leichtſinnig mit den ungenügenden Neuheiten vertauſchen ſoll.

Ich habe mir daher vorgenommen, dann und wann in dieſer Zeitſchrift dem herkömmlichen Recht gegen neue Theorien das Wort zu reden, wenn mir dieſe Theorien falſch oder ungenügend ſcheinen. Niemand wird mir vorwerfen können, daß meine bisherige Laufbahn mich in Anſehung ſolcher Erörterungen einſeitig gemacht habe. Denn wenn ich auch ſeit dem erſten Jahre meines academiſchen Lebens in Spruchcollegien thätig arbeitete, ſo geſchah dies nicht eben mit großer Vorliebe für das Practiſche; vielmehr habe ich immer meine beſten Stunden der Theorie gewidmet, und meine Schriften beweiſen zur Genüge, daß ich, ſo gut wie andre Theoretiker, auf Verbeſſerung herkömmlicher Anſichten eifrig bedacht war. Ich werde übrigens meine Angriffe nicht grade gegen ſolche Schriftſteller richten, denen ich überhaupt nicht viel zutraue, oder aus irgend einem Grunde abgeneigt bin, ſondern es ſoll mir vielmehr am liebſten ſeyn, wenn ich es mit Männern zu thun haben kann, welche ich zu unſern erſten Theoretikern, oder zu meinen Freunden zähle, und denen ich gerne nachrühme (wie unſerm trefflichen Löhr), daß ich viel von ihnen gelernt habe.

1. Ueber die Ungültigkeit auflösender Bedingungen bei Erbeinsetzungen.

Kein Satz ist bisher von unsern Theoretikern und Practikern unbedenklicher angenommen, als die Regel, daß ein Erbe unter einer auflösenden Bedingung nicht eingesetzt werden kann. Den Hauptgrund dafür entlehnte man aus der allgemeineren Regel der L. 88. de hered. inst.: non potest efficere, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse. Freilich gab man zu, daß diese Regel durch das, von Justinian in seinem ganzen Umfange wiederhergestellte SCtum Trebellianum in Betreff der Universal-Fideicommisse etwas modificirt sey. Allein man leugnete doch, daß damit die alte Regel als solche wegfalle, indem bei Fideicommissen der restituirende Fiduciar doch sofort einen Stellvertreter bekomme, mit der allgemeinen Zulässigkeit einer auflösenden Bedingung aber auch die Möglichkeit gegeben sey, daß die angetretene Erbschaft aufs Neue vacans et jacens werde.

Diese alte Theorie ist nun aber jetzt von Wening angefochten [1]). Er behauptet nämlich, man müsse die, einer Erbeinsetzung hinzugefügte auflösende Bedingung in die entgegengesetzte aufschiebende verwandeln, und als solche erhalten. Seine Gründe sind diese: Es sey überall Regel, daß man dem Willen des Erblassers nachkommen müsse. Das Wegwerfen der auflösenden Bedingung sey aber gegen jenen Willen. Im §. 9. I. de hered. inst. sey auch allgemein eine bedingte Erbeneinsetzung zugelassen, und nur der dies certus a quo et ad quem verworfen; auch sey in L. un. C. de his quae poenae nomine die Entziehung einer Erbschaft oder eines Legats zur Strafe gestattet. Aus dem Satz der L. 10. de adimend. legatis: legatum cum sub

1) Ueber die auflösende Bedingung bei Erbeinsetzungen; — in diesem Archiv I. Bd. 1. Hft. nr. IX.

conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset, folge aber von ſelbſt die Zuläſſigkeit der vorhin erwähnten Verwandlung der auflöſenden in eine aufſchiebende Bedingung.

Ich bemerke dagegen Folgendes. Wenn es auch ſo ungefähr im Ganzen wahr iſt, daß man dem Willen des Erblaſſers nachkommen muß, ſo iſt es doch auf der andern Seite ausgemacht, daß man bei Erbeneinſetzungen den Willen des Teſtators ſehr oft nicht zu achten braucht. Eine ganze Reihe ſolcher Ausnahmen entſteht daher, daß Teſtamente ein rein bürgerliches Inſtitut ſind, wobei Spielereien nicht geduldet werden können. Daher die vielfachen Beſtimmungen über das Wegwerfen unmöglicher, unanſtändiger, lächerlicher Bedingungen, welche bei den blos natürlichen Geſchäften ihre volle vernichtende Kraft äußern! Noch mehrere Ausnahmen hat der Umſtand herbeigeführt, daß es der Erbe mit den Gläubigern zu thun hat, daß die Vererbung grade zum Beſten der Gläubiger eingeführt iſt, und daß man für ſie beſonders zu ſorgen hat. Daher muß der Erbe alle offen gelaſſenen Theile annehmen, obgleich ſie ihm im Grunde der Teſtator nicht gab; er kann pendente conditione et die immer gegen Caution die Erbſchaft bekommen; kein dies certus a quo et ad quem braucht von ihm geachtet zu werden u. ſ. w. Zu dem Geiſt dieſer Beſtimmungen paßt nun aber aufs Genaueſte das gänzliche Verwerfen der auflöſenden Bedingung bei Erbeneinſetzungen. Denn läßt man ſie nach dem Willen des Teſtators, und nach ihrer eigentlichen Natur gehörig wirken, ſo hat es der Teſtator in ſeiner Hand, die Erbſchaft nach Gefallen von Zeit zu Zeit wieder zum Aperto zu machen, die Gläubiger von dem Erben zu trennen, und ſie in die unangenehme Lage zu bringen, den Erben mit einem ſchwerfälligen Curator hereditatis iacentis vertauſchen zu müſſen. Mit dem Legatar verhält ſich die Sache ganz anders, weil er mit den Gläubigern nichts zu thun hat, und weil der oneratus ſogar noch gewinnt, wenn jener das Legat

nicht bekommt oder behält; daher denn auch der Legatar pendente conditione in der Regel nichts fordern, und an einen dies certus a quo et ad quem gebunden werden kann.

Daß nun jenes Nichtachten der auflösenden Bedingung, *insofern die Auflösung den Verlust einer bereits erworbenen Erbschaft zur Folge haben soll* (und darauf geht eigentlich die Behauptung der älteren Juristen) aus dem Satz: wer einmal Erbe ward muß immer Erbe bleiben, folgt, kann gar keinen Zweifel leiden. Auch die ganze Lehre von der Vulgar-Substitution, so wie die Geschichte des SCti Trebelliani und Pegasiani kann zur Bestätigung der älteren Lehre unsrer Juristen dienen. Denn wenn man ein successio heredum durch bloßes Hinzufügen einer auflösenden Bedingung herausbringen konnte, wozu war denn das erste SCt. so nöthig, oder warum sprach dasselbe so unbeschränkt, ohne der auflösenden Bedingung zu erwähnen; warum stellte das zweite SCt. für viele Fälle das ältere Recht wieder her, ohne für die auflösenden Bedingungen wieder eine Ausnahme zu machen; und endlich: wie konnte Justinian [2]) so ganz allgemein, dem älteren SCt. beitretend, die Uebertragung des metus hereditarius zur Regel machen, ohne entfernt anzudeuten, daß auch ohne jenen Senatsbeschluß die Sache durch Bedingungen habe herausgebracht werden können?

Herr Wening muß nun zwar einwenden: vom Wechsel der Erben habe nicht geredet werden können, weil bei einer, zum Vortheil eines Andern gesetzten auflösenden Bedingung die Verwandlung derselben in eine aufschiebende die Schwierigkeit jenes Wechsels entfernt habe. Allein es wäre unnatürlich, und gegen des Erblassers Willen gewesen, wenn man jene Conversion angenommen hätte. Denn ihrem Begriff zufolge geht eine aufschiebende Bedingung dahin: Du sollst noch zur Zeit nicht haben, sondern erst dann; eine auf-

2) §. 7. J. de fideic. hered.

lösende aber dahin: Du sollst gleich haben, aber dann und dann wieder hergeben. Das Umkehren nimmt also dem Berufenen vorläufig das, worauf er sogleich Anspruch hat, und damit ist gegen des Testators Willen zu seinem Nachtheil gehandelt. Die L. 10. pr. de adim. legat. kann nun auch nichts der Art haben sagen wollen, oder es würden hier durch sie die sonderbarsten Schwierigkeiten entstehen. Sie redet nämlich, was wohl zu bemerken ist, von Legaten, wie dies auch andre gleichlautende Fragmente thun [3]), wobei die Succession mehrerer auf einander folgender Legatare keine Schwierigkeit hat, und zwar auf allen Fall in keiner Hinsicht nach einer, den Pandecten vorhergegangenen Constitution Justinians [4]). Wie ist also bei diesen eine, durch keinen Nothfall veranlaßte Umdrehung zu rechtfertigen? Und was hätte man hier nun gar damit herausgebracht? Offenbar das Aergste! Denn ein Legatar kann ja pendente conditione suspensiva im Ganzen das Legat nicht verlangen. Was ihm also die Umkehrung hinten retten will, das schneidet sie ihm vorne wieder ab, und das Eine wie das Andre geschieht gegen den klaren Willen des Testators! Dabei läßt sich auch fragen, wie es zusammenhängt, wenn unser corpus iuris sagt: ein Legatar kann unter aufschiebenden und auflösenden Bedingungen gerufen werden; ist jenes der Fall, so muß er bis zum Eintritt der Bedingung warten; ist aber dies, so kann er gleich, gegen cautio de restituendo, von seinem Recht Gebrauch machen. Denn verwandelt man ihm an sich eine jede auflösende Bedingung in eine aufschiebende, so kann eben deswegen der letzte Fall gar nicht eintreten.

Mit der L. 10. cit. kann man auch ziemlich leicht fertig werden, auf allen Fall in Beziehung auf unsre Frage. Es lassen sich nämlich zwei Fälle denken, der eine, daß im

3) L. 107. de cond. et dem. L. 6. pr. quando dies legati.

4) L. 26. C. de legat. (6. 37.) *Goeschen* Observat. iur. Rom. p. 65 — 73. not. k.

Teſtament geſagt iſt: A ſoll haben, und vorläufig behalten, aber dereinſt herausgeben; oder, daß es heißt: was ich dem A gab, das nehme ich ihm hiemit wieder, falls nicht dies oder das geſchieht. Im erſten Fall wäre das Annehmen einer aufſchiebenden Bedingung nichts als eine, den klaren Worten widerſtreitende Verdrehung. Im zweiten Fall hingegen läßt ſich dergleichen herausbringen. Wollte man auf Wortklauberei ausgehen, ſo könnte man nämlich ſagen: das pure Gegebene ward nachher an ſich unbeſchränkt genommen, und bei der nachfolgenden Bedingung nicht wieder aufs Neue poſitiv gegeben, mithin bekommt der Legatar nichts. Allein dagegen ſind nun die, von den Claſſikern überall angewandten Grundſätze des argumenti a contrario [5]). Will nämlich Jemand, daß ein Andrer von ihm nichts erhalte, oder will er ihm alles Angewieſene wieder entziehen, ſo braucht er dort nur zu ſchweigen, oder hier nur einfach zu widerrufen. Soll alſo ein bedingter Anhang nicht als ein inutile gelten, ſo kann er blos auf ein bedingtes Setzen oder Wiedergeben bezogen werden, wie auch bei uns der geſunde Verſtand ſagen würde, in der Rede: »A bekommt von mir 100 Thlr nicht, wenn er die B heirathet,« liege implicite, daß A jene Summe fordern könne, wenn er die B nicht heirathe. Ganz ſo, wie von einer, durch Interpretation leicht zu findenden, natürlichen Sache ſprechen nun L. 10. pr. cit., und die gleichlautenden in der Note 3 angeführten Fragmente; aber nicht entfernt deuten ſie an, daß ihre Abſicht ſey, ein Reſultat aufzuſtellen, welches zur Umgehung der Worte des Teſtators dienen ſolle. Und wenn man auch alles leugnen wollte, was eben geſagt iſt, ſo bleibt doch noch immer der entſcheidende Umſtand übrig, daß für den Fall, wenn der berufene Erbe wirklich Erbe ward, nach der

5) L. 22. de LL. L. 1. pr. de offic. eius cui mand. L. 1. pr. de his qui sui. L. 18. de testib. L. 26. §. 2. de pact. dotal.

Regel, kein wirklicher Erbe könne aufhören Erbe zu seyn, die Verwerflichkeit der auflösenden, als einer hier unmöglichen Bedingung nach strengen Grundsätzen des Civilrechts durchaus angenommen werden durfte.

Der §. 9. I. de hered. instit. sagt, nach dem gewöhnlichen Styl der Institutionen, nichts dawider. Denn überall berühren ja die Institutionen nur die ersten rohen Elemente, und überlassen, in absichtlicher Unbestimmtheit, alle genauern Entwickelungen, Ampliationen und Limitationen der Pandekten. So konnten sie denn auch leicht die Zulässigkeit der bedingten Erbeneinsetzungen unbestimmt anführen, wie sie das, was über den dies certus unbedingt zu sagen war, leicht bestimmt angeben konnten. Allein was wäre dazu erforderlich gewesen, über bedingte Einsetzungen alles klar zu sagen! Selbst die Lehre von Universal-Fideicommissen hätte mit eingemischt werden müssen, um nur das Wesentliche ganz aufzuklären. So mußte denn also, nach gewohnter Art, mit einer unbestimmten Andeutung die Sache abgethan werden.

Endlich steht auch die L. un. C. de his quae poenae nomine der gemeinen Lehre nicht entgegen. Denn schon nach ihrer Stellung zwischen Titel von Vermächtnissen kann sie nicht auf Verwirkung des ganzen Erbrechts, sondern nur auf legata poenae nomine relicta bezogen werden. Darauf allein geht nun auch ihr klarer Inhalt, wie dies bewiesen wird durch die Worte: *pecunias* dari, pecuniariam poenam inferri, — eas (welches nur auf pecunias gehen kann) transferri, — vel aliquid ab eo *dari*. Aber auch abgesehen davon, ist das Aeußerste, was sich nach dieser Constitution sagen läßt, daß zur Strafe eine Verwirkung des Erbrechts eintreten kann, welches freilich zu der, von Justinian auch sonst in ähnlichen Fällen [6]) bewiesenen Heftigkeit ganz gut passen würde, aber auf die, dem Erben nicht

6) L. ult. §. ult. C. de bon. quae lib. Nov. 74. praef. §. 2. c. 2.

zum Vorwurf gereichenden Thatumſtände, namentlich auf alle als auflöſend geſetzten, blos zufälligen Bedingungen durchaus keine analogiſche Anwendung leidet.

---

2. Ueber die Verjährung der Dienſtbarkeiten.

Obgleich die Lehre von der Verjährung der Real- und Perſonal-Servituten in vieler Hinſicht die größten Streitigkeiten veranlaßt hat, ſo war doch ſtets eine gleiche Anſicht über das Hauptſächlichſte, nämlich darüber, daß unter Vorausſetzung aller nöthigen Erforderniſſe, eine Dienſtbarkeit in einem beſtimmten longo tempore, alſo in 10, oder in 10 oder 20 Jahren, nach Maßgabe der Gegenwart oder Abweſenheit, durch Verjährung erworben werden könne. Kürzlich iſt aber verſucht, in einer neuen Darſtellung [7]) eine blos unbeſtimmte Verjährungszeit herauszubringen, wobei es von der richterlichen Willkühr abhängen ſoll, in jedem einzelnen Fall nach den individuellen Umſtänden zu beſtimmen, ob hier ſo und ſo viel, oder mehr Jahre erforderlich waren.

Das Weſentliche dieſer neuen Theorie, und ihrer Gründe, geht nun auf Folgendes hinaus. Eine Verjährung der Perſonal-Servituten ſey in keinem Geſetz zugelaſſen, und dürfe inſofern gar nicht angenommen werden. In Betreff der Real-Servituten ſey in den Geſetzen auch nirgend von einer praescriptio, oder gar der praescriptio von 10 und 20 Jahren die Rede, ſondern es werde nur unbeſtimmt ein Erwerb derſelben durch einen, ſehr lange Zeit fortgeſetzten Gebrauch geſtattet. Dies werde klar ausgedrückt durch das mehrmals vorkommende Wort vetustas [8]), und durch die

---

7) Neuſtetel und Zimmern Römiſchrechtl. Unterſuchungen I. B.. nr. V. VI.

8) L. 2. pr. L. 26. de aqua et aquae pluv. L. 3. §. 4. de aqua quot.

demſelben gleichgeltenden, auch ganz unbeſtimmten Ausdrücke: tempore, diu usus, longa consuetudine, dioturno usu, longa quasi possessione, longi temporis consuetudo, und longi temporis praerogativa [9]), zu welcher vetustas aber nicht grade eine unvordenkliche Zeit gehöre, obgleich ſie zu dem ſicherſten Beweiſe führe. Es gebe auch zwei Fragmente, woraus klar hervorgehe, daß hier an keine feſte Zeitbeſtimmung gedacht ſey. In L. 10. pr. si servit. vind. ſey nämlich geſagt, es könne Jemand das Waſſerleitungsrecht longa quasi possessione erwerben, und dabei heiße es doch: utilem habet actionem, ut ostendat, per *annos forte tot* usum se. Eben ſo entſcheidend ſey für das Unbeſtimmte Ulpians Aeußerung in L. 10. §. 1. de usurp.: Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam *longo tempore capi* possint, cum aedificiis possint. Denn das longo tempore capi gehe auf 10 und 20jährige Präſcription. Nach vielen andern Fragmenten könne aber doch eine Real-Servitut abgeſondert durch Verjährung erworben werden. Eine Vereinigung der Geſetze ſey alſo nur möglich, wenn man Ulpians Aeußerung auf die beſtimmte Verjährung von 10 und 20 Jahren, die übrigen Fragmente aber auf eine unbeſtimmte Erwerbungszeit beziehe. Zwar habe man ſich für die bisherige Anſicht berufen auf das exemplo rerum immobilium in L. 2. de servitut., und auf den Schlußſatz: eadem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, veluti ususfructus et ceterae servitutes in L. 12. C. de praescr. longi temporis. Allein das erſte Geſetz ſage doch nichts von einer völligen Gleichſtellung der Zeitfriſten, und das zweite könne, inſofern es keine praescriptio definita in Rückſicht der Erwerbung der Servituten gebe, blos auf die erlöſchende Verjährung derſelben be-

9) L. 28. de S. P. U. L. 10. pr. si secr. vind. L. 1. §. ult. de aqua et aquae pluv. L. 3. §. 3. de itinere. L. 1. C. de servit.

zogen werden, für welche freilich Justinian [10]) eine bestimmte Frist von 10 und 20 Jahren gesetzt habe.

So weit das Neue! Ich will jetzt, abgesehen von vielen kleinen Nebendingen, kurz angeben, warum ich nach wie vor dem alten Glauben ergeben bin. Zuvörderst wird jeder Unparteiische einräumen müssen, daß unsre Gerichte durch jene neue Theorie in eine üble Lage versetzt würden. Das Verweisen auf richterliches Ermessen hat seinen guten Sinn, wenn man dabei dem Richter irgend ein leitendes Princip geben kann, wie z. B. wenn man sagt: ein kleiner, nach Umständen unschädlicher Verzug solle nicht angerechnet werden. Allein sinnlos wird die richterliche Willkühr, wenn sie ganz und gar keine Entscheidungsnorm zum Grunde legen kann. Und so wird sie doch durch jene neue Theorie gestellt. Denn wonach soll sich der Richter, zwischen tempus definitum und immemoriale in der Mitte stehend, eigentlich richten? Soll er sehen auf das Interesse des Verlierenden, oder des Erwerbenden, oder die Wichtigkeit oder Unwichtigkeit der Servitut, oder das gemeine Beste, oder, wie er es in Nothfällen sonst wohl darf, das Loos entscheiden lassen? Mit dieser Frage wird denn auch das Resultat der neuen Theorie historisch unbegreiflich. Die neuere Verjährung der Servituten entstand doch auf allen Fall nach Analogie der Präscription des Eigenthums, das Edict mag sie nun eingeführt haben, oder Interpretation und Gerichtsgebrauch, oder ein Rescript. Wie in aller Welt hätte man nun aber, im Besitz eines guten Vorbildes, und durch die Grundsätze über Analogie in Betreff der genauen Nachahmung vollständig gedeckt, auf die Idee kommen sollen, sich durch eine Abweichung in Betreff der Bestimmtheit die unglücklichste aller Neuerungen zu erlauben? Noch mehr: warum wird nicht ein einziges Mal bestimmt gesagt, daß man hier eine Unbestimmtheit haben wolle? Und vor allen Dingen: wie konn-

10) L. 16. §. 1. C. de usufr. L. 13. C. de serv.

te Juſtinian bei dieſer Gelegenheit ſich einer Beſſerung enthalten? Ueberall war es ja ſein Lieblingsgeſchäft, der Unbeſtimmtheit, und den Gefahren der richterlichen Willkühr entgegen zu arbeiten [11]), und in der Lehre von der Verjährung, worin er überall den Reformator machte, lag ihm die Sache näher als irgendwo, ohne daß er eine ſchwere Arbeit zu fürchten brauchte. Denn mit den Paar Worten: 10 und 20 Jahre war alles abgethan.

Wir wollen nun aber auch exegetiſch der Sache näher gehen. Zuvörderſt iſt zu bemerken, daß der Ausdruck vetustas auf eine längere Zeit, als 10 und 20 Jahre geht [12]), und zwar in der Sprache der Claſſiker wirklich auf den unvordenklichen Beſitz [13]). Als Requiſit iſt nun ein ſolcher Beſitz bei der Servituten-Verjährung im Allgemeinen nicht gefordert [14]), aber in Betreff des natürlichen Abfluſſes des Regenwaſſers, und der actio aquae pluviae arcendae gibt es doch allerdings eine Ausnahme [15]), und dieſe begreift ſich auch wohl, weil hier von Entkräftung eines, auf Polizeigründen beruhenden, und auf das allgemeine Beſte berechneten Geſetzes die Rede iſt. Allein gänzlich muß geleugnet werden, daß die andern, oben erwähnten Ausdrücke: diu usus, dicturno usu, longa possessione, longi temporis praerogativa u. ſ. w. auch auf die vetustas in jenem Sinn, oder auf ein indefinitum über 20 Jahre hinaus ge-

11) S. B. L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest. L. ult. C. de novat.

12) L. 14. C. de fund. patrim. vergl. mit L. 7. C. de fund. rei priv.

13) Dies wird bewieſen durch alles, was in L. 2. §. 7 — 9. de aqua et aquae pluv. als Exegeſe des princ. dieſes Fragments vorkommt.

14) In L. 3. §. 4. de aqua quotid. wird nur einmal bei Gelegenheit der Waſſerleitungen Gewicht darauf gelegt; aber es iſt doch auf nichts Ausſchließliches gedeutet.

15) L. 2. pr. de aqua et aquae pluv.

hen. Nirgend ſteht etwas der Art, aber wohl ſind die ſtärkſten Gründe dafür, daß man ſie eben auf 10 und 20 Jahre beziehen muß. In der ganzen Lehre von der erwerbenden Verjährung des Eigenthums wird longum tempus ausgemacht auf beſtimmte Jahre bezogen, ja ſogar das unbeſtimmte: temporale geht nur darauf [16]). Warum ſoll denn bei Gelegenheit der Servituten der Nedegebrauch umſpringen, und auf mehr, und auf etwas Unbeſtimmtes gehen? In dem fehlenden Wort praescriptio kann der Grund nicht liegen, weil es an ſich nicht auf die nöthigen Zeitverhältniſſe, ſondern auf die Wirkungen geht. Eben ſo iſt es unbeſtreitbar, daß in der Lehre von der Eigenthumsverjährung die Worte: diu, diutina possessio, und diuturnitas jenes tempus definitum bezeichnen [17]). Alſo wieder die Frage: warum ſollen dieſe Ausdrücke bei Gelegenheit der Servituten nicht wieder in dem ſonſt gewöhnlichen Sinn genommen werden?

Vergebens ſind dagegen angeführt die oben erwähnten Worte: per annos forte tot in L. 10. pr. si servit. vind. Das: *tot* geht bei den Römern, wie bei uns das: ſo und ſo viel, nicht auf ein indefinitum, ſondern es dient dazu, kurz anzudeuten, was ſich entweder von ſelbſt verſteht, oder nicht genau angegeben zu werden braucht, weil es zunächſt nicht auf die Summe ankommt [18]). Die L. 10. pr. cit. entfernt nun auch durch ſich ſelbſt alle Schwierigkeiten. Denn im Anfange heißt es ja, dicturnus usus, und longa pos-

---

16) Tit. ff. de temporal. praescr. L. 8. C. de praescr. l. t. L. 7. C. de fund. rei priv.

17) L. 1. C. de longi tempor. praescr. quae pro libert. L. 4. 7. C. de longi t. pr.

18) L. 87. §. 4. de legat. II. L. 28. de mort. caus. don. Hätte *Cannegieter* de notis (hinter deſſen Ulpiani fragmenta) p. 295 — 362. das erſte Fragment gekannt, ſo würde er wahrſcheinlich in dem zweiten dat: tot nicht durch Critik in: thii umgewandelt haben.

sessio machten das docere de jure unnöthig, es genüge alſo der Beweis, per annos tot usum se. Da nun vorher grade die Ausdrücke gebraucht waren, welche gewöhnlich auf 10 und 20 Jahre gehen, ſo iſt das tot nichts, als eine Hindeutung auf jene beſtimmten Friſten.

Auch die L. 10. §. 1. de usurp. ſteht der gemeinen Theorie keineswegs entgegen, vielmehr dient ſie zur Beſtärkung derſelben. Das Wort praescriptio kommt hier nicht vor, ſondern nur von einem longo tempore capere iſt die Rede. So wird nun nach dem Obigen auch von der Servituten-Verjährung, wo ſie zuläßig iſt, geredet. Wie gänzlich verkehrt wäre es alſo geweſen, wenn Ulpian bei ſeiner Bemerkung, man könne eine Real-Servitut nicht für ſich beſtehend longo tempore erwerben, heimlich im Sinn gehabt und behalten hätte, in einem andern Sinn könne das longo tempore capere paſſiren. Es läßt ſich hier aber leicht mit ihm auskommen. Es gibt nämlich bei Realſervituten zwei Fragen: Kann man eine ſolche Servitut durch usus ſchaffen und auflegen; und: kann man ſich eine, bereits vorhandene Realſervitut translativ durch Präſcription verſchaffen? Nur vom Letzten redet hier Ulpian, wie der Nachſatz, cum praediis potest klar zeigt, und da mußte denn, wegen der allgemeinen Rechtsſätze über Unzertrennlichkeit der Realſervituten, die iſolirte Verjährung ganz geleugnet werden. Der Einwand: Ulpian habe ſo etwas «Trivia-les» nicht zu ſagen, und nicht durch ein hoc iure utimur zu beſtärken gebraucht, will mir nicht einleuchten. Denn jene Rechtsſätze ſind ja hier, wie auch bei andern Gelegenheiten (z. B. in Betreff der Verpfändung und Veräußerung) von der höchſten practiſchen Bedeutung, und als ausgemachte alte Sätze des ſtrengen Civilrechts konnte ihnen mit Fug und Recht das hoc iure utimur nachgeſagt werden [19]). Ul-

19) S. *C. P. H. Thierbach* de notione et indole formulae: hoc iure utimur. Lips. 1819.

pian ſchrieb aber nicht bloß für vollendete Juriſten, und Juſtinian hat auch nicht bloß für ſolche geſammelt.

Hiezu kommen nun noch folgende Gründe, welche der älteren Theorie zur vollſtändigen Rechtfertigung gereichen. In L. 2. C. de servit. et aqua wird keineswegs nur ſo obenhin geſagt, daß man Servituten einigermaßen, wie das Eigenthum, durch Verjährung erwerben könne, ſondern es heißt: servitutem exemplo rerum immobilium *tempore* quaesisti. Die Gleichſtellung geſchieht alſo namentlich in Anſehung der Zeit, und da dies unbeſtimmt allgemein geſchieht, ſo muß auch dieſe Gleichſtellung als abſolut genommen werden [20]). Aber nicht genug! Gleich nachher, nämlich nach tempore quaesisti, wird hinzugefügt: quod si *ante id spatium* eius usus tibi interdictus est. Hätte nun die Servituten-Verjährung eigne Friſten, ſo wäre hier offenbar ein doppelter Schreibfehler.

Auch die letzten Worte der L. 12. C. de praescr. longi temp. ſind, wenn man ſie natürlich auslegt, für die Vertheidiger der alten Lehre. Denn Juſtinian wollte nach der Einleitung dieſer Conſtitution eine alte Streitfrage entſcheiden. Dieſe konnte aber über die erlöſchende Verjährung der Servituten nicht Statt finden, weil vor Juſtinians Verordnungen in L. 16. §. 1. C. de usufruct. L. 13. C. de servit. das Erlöſchen derſelben in 1 und 2 Jahren erfolgte. Der erſte Haupttheil der L. 12. C. cit. redet nun bloß von Erwerbung des Eigenthums, und ſchließt damit: die Verjährung ſolle ſo und ſo vollendet werden, wenn der Beſitzer ein *bonum initium* habe. Gleich darauf folgt der Zuſatz: eodem observando et sires non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus, et ceterae servitutes. Wie iſt es nun möglich, denſelben, nach ſolchen Vorderſätzen, auf etwas Anderes, als

20) I. 23. de S. P. U. L. 5. 6. de testament. tutel. L. 43. pr. de legat. II.

die erwerbende Verjährung zu beziehen? Zu beklagen ist es übrigens, daß der L. 12. C. cit. die Subscription fehlt. Denn ginge aus ihr hervor, daß die Constitution vor L. 16. und L. 13. cit. erlassen sey, so könnte man das, was vorhin gesagt ward, sonnenklar nennen. Indeß ist es höchst wahrscheinlich, daß die beiden letzten Verordnungen der L. 12. cit. nachfolgten, da diese, nach Regeln der grammatischen Auslegung behandelt, bloß von der erwerbenden Verjährung redet, und auch die erlöschende hätte berührt werden müssen, wenn es damals schon ein Erlöschen der Servituten, nach Maßgabe der Gegenwart und Abwesenheit, in 10 und 20 Jahren gegeben hätte.

---

3) Ueber die Befreiung der Ascendenten und Brüder von der Collationspflicht.

Kein Rechtssatz ward bisher unbedenklicher befolgt, als der Satz, daß nur Descendenten gegenseitig zur Collation verpflichtet sind, nicht aber andre Verwandte, also namentlich auch nicht die Ascendenten und Geschwister. Man hatte dafür außer gesetzlichen Vorschriften, von denen gleich weiter die Rede seyn soll, sehr gute philosophische Gründe. Denn die Collation, wie sie sich im späteren Römischen Recht gestaltet hat, beruht auf der Hauptidee, daß von Eltern gleiche Zuneigung zu ihren Kindern vermuthet werden könne, und diese Idee hat nur in jener engen Beziehung Realität. Denn die Treue und Liebe, womit sich Eltern ihren Kindern fast zu opfern pflegen, findet schon selten in dem umgekehrten Verhältniß, besonders in Beziehung auf höhere Ascendenten, Statt; und wie oft erkaltet die Geschwisterliebe ganz, schon wegen freundschaftlicher Verhältnisse mit dritten Personen! Das Neu-Französische Recht hat dies bei Beschränkung der tutela legitima auf die bloßen Ascendenten recht wohl eingesehen, aber freilich bei seiner Collation und seinem Familienrath wieder vergessen.

Es iſt indeß unlängſt wirklich die Behauptung aufgeſtellt, daß Juſtinian auch die Aſcendenten und Brüder, ſoweit ſie die Eigenſchaft der Notherben haben, zur Collation verpflichtete [21]), und zwar deswegen, weil der Kaiſer in L. 20. pr. C. de collat. allgemein verordnete, alle Perſonen ſollten conferiren, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur. Da nun Aſcendenten, und größtentheils auch Brüder, als Notherben zur Querel berechtigt ſind, ſo ſoll ihnen jetzt deswegen auch die Collationspflicht obliegen.

Es iſt mir unmöglich, dieſer neuen Lehre beizupflichten. In den Pandektentiteln de collat. und de dotis collatione iſt überall nur von der Collation der Deſcendenten die Rede. Eben ſo in dem Tit. C. de collationibus, wo in allen Conſtitutionen mit größter Beſtimmtheit nur Eltern und Kinder genannt werden. Wollte alſo Juſtinian das Inſtitut auf Aſcendenten und Geſchwiſter ausdehnen, ſo hätte die darauf gehende Conſtitution durchaus jene Perſonen namentlich erwähnen müſſen. Allein die L. 20. pr. C. cit. thut dies nicht, ja ſie nennt ſogar gleich nachher im §. 1. nur die Kinder. Erwägt man nun noch, daß Juſtinian in den erſten Worten der Conſtitution keine Neuerung ankündigt, wie er es doch gar zu gern thut, wo er auf eine Aenderung des alten Rechts ausgeht, und daß er vielmehr ſagt, er wolle plana sanctione revelare, was sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum ſey, ſo ergibt ſich, in Vergleichung mit dem folgenden Inhalt des Geſetzes, ganz klar, daß er keineswegs neue Rechtsſätze aufſtellen wollte, namentlich nicht in Anſehung der Frage, welchen Perſonen die Collation obliege, ſondern daß ſeine Entſcheidung nur auf die Sachen ging, welche bei der Collation in Anſchlag zu bringen ſind, wobei man denn natürlich die ſoge-

21) K. A. D. Unterholzner histor. iur. Rom. de collationibus. Altorf. 1809. p. 67.

nannten terminos habiles vorauszuſetzen muß, d. h. Fälle, wo überhaupt nach bekannten Rechtsgrundſätzen zu conferiren iſt.

Wäre aber jene Conſtitution an ſich zweideutig, ſo werden doch alle Zweifel durch Juſtinians eigenen ſpäteren Erklärungen gehoben. In Nov. 18. c. 6. führte er auch bei der teſtamentariſchen Erbfolge die Collation ein. Hier wäre nun recht die beſte Gelegenheit geweſen, von der Erweiterung des alten Rechtsſatzes Gebrauch zu machen, weil der Kaiſer bei dieſer Neuerung völlig freie Hand hatte, etwa wie der Pröter bei ſeiner Claſſe unde cognati, für welche er, durch kein älteres Recht gehindert, unbedenklich die successio graduum einführte. Allein die Novelle ſchweigt von der ganzen Sache, und ſagt bloß einfach: parentes. Noch entſcheidender iſt Nov. 97. c. 6. Juſtinian beſchäftigt ſich darin mit der Streitfrage, in wiefern eine empfangene, aber verlorene Brautgabe zu conferiren ſey. Nachdem nun die Novelle darüber das Nöthige geſagt hat, ſchließt ſie mit den Worten: necessarium putavimus, praesentem ponere legem. Ut autem non per partes enumeremus personas, in quibus valere eam oportet, generali sermone decidimus. Quapropter in quibus est collationis ratio, in his et constitutionem valere, *sive pater, sive avus, sive mater, sive avia, aut ascendentium aliqua sit persona.* Schon damit allein könnte die alte Lehre vollſtändig gerechtfertigt werden.

---

4) Ueber die gerichtliche Niederlegung als ein Erforderniß bei allen Arten beweglicher Sachen.

Seit der Gloſſe, und in Uebereinſtimmung mit den Theoretikern, hat unſre Praxis immer angenommen, der Schuldner einer beweglichen Sache, dem der Gläubiger die Annahme verweigre, müſſe die Sache nach vorgängiger Ver-

ſiegelung, ſo weit dieſe möglich ſey, gerichtlich niederlegen, um von ſeiner bisherigen Verbindlichkeit frei zu werden. Ich ſelbſt habe mich immer zu dieſer Lehre bekannt [22]), aber auch ſtets mit der Einſchränkung, daß die Verſiegelung wegfalle, wenn die Sache nicht dazu geartet ſey.

Dieſe Lehre ſoll nun nach neueren Erörterungen falſch ſeyn, ſofern nicht von bloßen Geldſchulden die Rede iſt [23]). Allein das Nachdenken über die dagegen gemachten Einwendungen hat mich noch mehr dafür geſtimmt.

Die Gründe der neuen Anſicht ſind kürzlich dieſe. Alle Geſetze redeten nur von Verſiegelung und Depoſition bey Geldſchulden, blos in Beziehung auf die Hemmung des Zinslaufs, und forderten ſtets verſiegelte Depoſition. Es würde eben ſo lächerlich als unthunlich ſeyn, ein Pferd ins Rathhaus zu reiten, oder Wein in den Rathskeller abzuliefern; auch ließen ſich ja ſolche Dinge nicht verſiegeln. In Anſehung aller, nicht auf Geld gehenden Verbindlichkeiten müſſe es alſo bei dem Hauptgrundſatz der L. 105. V. O. L. 9. in fin. L. 72. pr. de solut. bleiben, daß die bloße oblatio den Schuldner befreie. Entledige er ſich der Sache nicht, ſo könne freilich, nach den Grundſätzen von der purgatio morae, die Sache noch immer von ihm gefordert werden; auch dürfe ihm bei der Entledigung keine Unredlichkeit und keine Chikane zur Laſt fallen.

Bevor ich dieſe neue Theorie direct angreife, will ich erſt folgende aphoriſtiſche Bemerkungen vorangehen laſſen.

Es iſt eine falſche Behauptung, daß die Geſetze immer nur von verſiegelter Depoſition (Verſiegelung und Depoſition) reden. Denn mehrmals wird blos die Depoſition ge-

---

22) Mein Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 111.

23) Zimmern in wiefern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt; in dieſem Archiv 3. B. 1. Hft. nr. IX.

nannt [24]). Selbſt die Stellen aus Cicero, welche zur Vertheidigung der neuen Theorie angeführt ſind, reden nur von deponere. Auch ſteht nirgend, daß die gerichtliche Niederlegung nur wegen Hemmung des Zinslaufs eingeführt ſey, ſondern überall bloß, daß ſie den Zinslauf hemme.

Lächerlich kann alles werden, wenn man es lächerlich ausführt. Aber warum ſoll man nicht, wie bisher, in aller Ehrbarkeit einen Gaul in einen öffentlichen Pfandſtall einziehen, oder, wenn man reiten kann, einreiten, und eine Tonne in die, gewöhnlich unter den Rathhäuſern befindlichen Lagergewölbe ablegen können? Fehlt er der Obrigkeit an Raum, ſo kann ſie ja, wie es oft geſchieht, dem Gläubiger einen Stabularius oder Inhaber eines horrei anweiſen.

Hätten wir auch Fragmente, worin von der Tilgung der Schuld durch bloße oblatio abſolut geredet würde, ſo müßten dieſe doch wieder beſchränkt werden, wenn andere Fragmente die nähere Beſtimmung enthielten, daß noch die depositio hinzuzufügen ſey. Schon nach einfachen Regeln der grammatiſchen Auslegung könnte man einer ſolchen Combination nicht ausweichen, und mit Rückſicht auf die Pandekten am allerwenigſten, da die Claſſiker die verſchränkten Regeln nicht lieben, ſehr oft die Hauptſache roh in einem abſoluten Satz hinſtellen, dann aber immer bei der Entwickelung die feineren Beſchränkungen und Zuſätze folgen laſſen [25]). Grade für unſre Hauptfrage haben wir hierüber ein wichtiges Fragment in L. 28. §. 1. de administr. tutor., entlehnt aus Marcelli Digestis, wozu Ulpian Noten

---

24) Z. B. L. 36. in fin. depos. L. 9. C. de usur. L. 2. C. debitorem venditorem pignoris.

25) Ich habe dies genauer erörtert in meinen civiliſt. Abhandl. S. 185 — 190. Die hier aufgeſtellten Ideen ſind auch gebilligt in Neuſtetel und Zimmern Römiſchrechtl. Unterſ. 1. B. S. 221.

geſchrieben hatte. In dieſem Fragment heißt es nun: Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam: quinetiam iustius mihi videtur, eum, per quem non stetit, quominus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat, non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco. Was nun noch die oben erwähnten Geſetze betrifft, worin die Tilgung der Verbindlichkeit durch bloße Oblation abſolut ausgeſprochen ſeyn ſoll, ſo iſt wohl zu beachten, daß ſie nicht ſo abſolut ſind, ſondern das Aufhören der Verbindlichkeit bloß in Rückſicht des periculi ausſprechen, wogegen auch die ältere Theorie nichts einzuwenden hatte. Soll aber die Allgemeinheit jener Geſetze als etwas ganz Unbeſchränktes genommen werden, ſo iſt damit auch die neue Theorie geſchlagen. Denn was allgemein mit Rückſicht auf Sklaven in L. 105. de V. O. L. 9. in fin. de solut. ſteht, das iſt mit Rückſicht auf Geldſchulden eben ſo allgemein in L. 72. pr. de solut. geſagt.

Wir wollen nun aber durch folgende Bemerkungen noch näher auf die Sache eingehen.

1) Wenn es wahr iſt, daß der Schuldner, Geldſchulden abgerechnet, durch bloße Oblation gänzlich befreit wird, ſo kann auch kein einziges poſitives Factum zum Beſten des Gläubigers von ihm verlangt werden, weil man außer dem Contract nichts Poſitives zu thun hat. Er kann alſo die Sache wegwerfen, blos weil er ſie nicht behalten mag, und ſo könnte hier im Ganzen von «Unredlichkeit und Chikane» ſchwerlich die Rede ſeyn. Warum ſoll aber blos das Geld gegen dieſes Wegwerfen geſichert, ein Edelſtein aber demſelben unterworfen ſeyn? In den Zinſen kann der Grund nicht liegen. Denn von ungeheurer und einziger Wichtigkeit ſind ſie doch nicht; auch gibt es viele Geldſchulden, namentlich ex mutuo, wobei nach Römiſchem Recht gar keine Zinſen gefordert werden können, während doch die Depoſition

ganz allgemein verlangt wird, um Geldschulden zu tilgen. Weit natürlicher ist es also, hier eine, sich über alle Mobilien aus gleichen Gründen erstreckende humane Ansicht der Römer vorauszusetzen, als anzunehmen, daß sie blos des lieben baaren Thalers wegen sich zu einer Singularität verstanden.

2) Ist es als Regel wahr, daß die bloße Oblation die ganze Verbindlichkeit aufhebt, und daß der Schuldner die Sache derelinquiren kann, so ist er, wenn er sie behält, ein wahrer freiwilliger negotiorum gestor, und noch mehr, nämlich ein Uebernehmer fremder Geschäfte, denen man sonst gern zu entgehen pflegt. Denn wer bewacht oder bewahrt gern die Sache eines Andern? Er müßte also, wenn er die zurückgewiesene Sache behält, als gestor, und wegen seiner, zum Festhalten bewiesenen Lust, nach der oblatio den höchsten Fleiß prästiren [26]) Allein die Gesetze sagen umgekehrt, daß der Schuldner gegen einen säumigen Gläubiger nur dolus und culpa lata zu verantworten brauche [27]). Nach der neuen Theorie ist dies ein böses Problem, nach der alten aber kann es ganz leicht erklärt werden. Denn darf er die Sache nicht wegwerfen, so kann man ihm seine Freiheit und seine Zudinglichkeit nicht vorwerfen, und da ist es eben so natürlich daß man ihn wegen einer gesetzlichen Last schont, als daß man den, auch unter einer höheren Nothwendigkeit stehenden Tutor in Ansehung des Fleißes mit Milde behandelt.

3) In Nov. 91. cap. 2. ist schlechthin von einer dos mobilis, und nicht blos von Geld die Rede. Dennoch heißt es allgemein: *secundum leges* recondat. Hiemit kann nun nicht ein zufälliges Factum angedeutet seyn. Denn gibt es bei Mobilien, mit Ausnahme des Geldes, keine rechtlich

---

26) §. 1. I. de obl. quae quasi ex contr. L. 6. §. ult. de negot. gest. L. 1. §. 35. depos.

27) L. 17. de peric. L. 9. solut. matr. L. 8. §. 3. L. 9. §. 5. de reb. auct. iudic. poss.

nothwendige Depoſition, ſo kann auch nicht von einem: secundum leges geſprochen werden. Es würde nicht einmal rechten Sinn gehabt haben, wenn Juſtinian hier die Depoſition gerathen hätte. Denn die Gerichte werden ſich wohl hüten, ein depositum zu übernehmen, wenn der Schuldner nicht zu deponiren braucht, und dabei blos ſeiner Neigung nachgeht.

4) Wir haben in den Pandekten ein Fragment, worin mit dürren Worten die Depoſition als Pflicht bei allen Arten der Mobilien angenommen wird, nämlich L. 1. §. 36. depositi. In dieſem Fragment wird erſt geredet von Geldſummen, deren Verſiegelung und Deponirung. Darauf wird weiter gehandelt von andern Mobilien, welche untheilbar ſind, und hierüber wird für den Fall, daß der Gläubiger nicht leiſtet, was er leiſten ſoll, ausdrücklich geſagt: satisdatione non interveniente, *rem deponi*, et omni actione depositarium liberari. Bei ſolchen Gründen kann denn unſre Praxis gewiß unbeſorgt ihren bisherigen Grundſätzen getreu bleiben.

---

5) Ueber den Zweck und die Fortdauer der Quaſi-Pupillar-Subſtitution.

Die Praxis war bisher mit der Theorie ganz darin einverſtanden, daß die Substitutio quasi pupillaris oder exemplaris der wahnſinnigen Kinder, wie ſie Juſtinian in L. 9. C. de impub. et al. subst. angeordnet habe, im Ganzen eine Nachbildung der pupillaris ſey, alſo wie dieſe nicht blos auf die, vom Teſtator ererbten Güter, ſondern auf das geſammte eigne Vermögen der Kinder gehe, und daß Juſtinian ſpäter an jener Conſtitution im Weſentlichen nichts geändert habe.

Beides iſt jetzt geleugnet. Zuerſt trat Unterholzner [28])

---

28) in dieſem Archiv 2. Bd. 1. Hft. nr. V.

mit der Behauptung auf: die substitutio quasi pupillaris ſey keineswegs im Ganzen eine Nachbildung der pupillaris, und gehe blos auf die, vom Teſtator ererbten Güter. Dieſer Idee beitretend behauptete Löhr [29]) ſodann weiter, und an ſich ſehr conſequent: von der substitutio exemplaris, wie dieſelbe in L. 9. C. cit. angeordnet ward, ſey ſpäter nichts übrig geblieben, als das Recht des Hausvaters, ſeinem wahnſinnigen suis einen Subſtituten zu ernennen. Denn bald nachher habe Juſtinian in L. 7. §. 3. 4. C. de curatore furiosi vorgeſchrieben, ein Wahnſinniger, welcher kein suus ſey, könne nicht Erbe werden, ſondern man dürfe für denſelben höchſtens nur eine proviſoriſche Immiſſion ſuchen. Es höre alſo damit die Möglichkeit auf, für Kinder, welche keine sui ſind, die L. 9. C. cit. zur Anwendung zu bringen. Die L. 7. C. cit. deute dies auch gewiſſermaßen ſelbſt an. Denn im pr. werde blos von Hausvätern geredet. Nur in Beziehung auf dieſelben beſtätige der §. 1. ibid. die Vorſchrift der L. 9. C. cit., aber nachher, wo von liberis sui iuris die Rede ſey, werde der eben erwähnten Conſtitution nicht weiter gedacht.

Ich argumentire dagegen: eben dieſe Folgeſätze hätten gleich darauf führen ſollen, daß es mit den Prämiſſen nicht gut ſtehe, und man ſollte jene mit dieſen wieder aufgeben. Erwäge man doch: Juſtinian gibt ſich im J. 528. recht ernſtlich Mühe, ein neues Inſtitut zu ſchaffen, und deſſen Eigenheiten genau zu beſtimmen. Und doch ſoll er den größten Theil deſſelben ſchon im J. 530. durch L. 7. C. cit. wieder vernichtet haben, und noch dazu ohne es ausdrücklich zu ſagen! Das iſt wahrlich nicht nach der gewöhnlichen Art des Kaiſers, welcher immer am liebſten ſeinen prioribus inhärirte, und deren Umfang zu erweitern ſuchte, oder bei Aenderungen doch wenigſtens klar ausſprach, daß reiferes Nachdenken ihn auf eine beſſere Idee geführt habe. Nicht

29) Auch in dieſem Archiv 5. B. 1. Hft. nr. III.

einmal implicite deutet er in L. 7. C. cit. eine Aenderung an, und beſtätigt, genau beſehen, keineswegs die L. 9. C. cit. blos in Anſehung der suorum. Denn er kommt in der L. 7. C. cit. von dem Einen auf das Andre, und das Capitel über Erwerbung der Erbſchaften wird ſogar zerriſſen durch eine, in die Mitte geſchobene Erörterung über curatores. Die Beſtätigung im §. 1. lautet auch ganz allgemein in dem Wort parentes, wie die L. 9. C. cit. ſich ausgedrückt hatte, und erſt hinterher erfolgen in §. 2. 3. Unterſcheidungen in Betreff der hörigen und nichthörigen Kinder. Auf allen Fall iſt aber die L. 7. C. cit. nicht deutlich für eine Aenderung der weſentlichſten Punkte der L. 9. C. cit., und dawider iſt nun offenbar zweierlei, dem ich ganz entſcheidendes Gericht beilegen muß. Hatte nämlich Juſtinian die Idee, daß durch L. 7. C. cit. der größte Theil der L. 9. C. cit. wegfalle, ſo konnte er bei Publication jener Verordnung, weil er damals nur zu Richtern ſprach, allenfalls der richterlichen Beurtheilung die Sache anheim geben, wie er es auch ſonſt wohl in allerhöchſter Bequemlichkeit that, wenn etwas auseinander zu pflücken war, z. B. bei Gleichſtellung der Legate und Fideicommiſſe. Allein die Anfänger durften nicht falſch berichtet werden. Und dennoch verweiſt er ſie nachher in §. 1. I. de pup. subst. ganz überſchränkt auf ſeine, in L. 9. C. cit. enthaltene neue Vorſchrift. Eben ſo wird in der neuen Ausgabe des Codex die L. 9. C. cit. in ihrer alten Faſſung wörtlich wiederholt, und hier wäre doch die beſte Gelegenheit geweſen, durch eine kleine Correctur den Uebelſtand zu entfernen.

Dringendes Bedürfniß iſt es alſo, die erwähnte Prämiſſe, daß die substitutio quasi pupillaris nur auf die, vom Teſtator ererbten Güter gehe, zu entfernen. Ich halte dies auch für leicht, obgleich Folgendes zur Rechtfertigung derſelben angeführt iſt. Nirgend ſey allgemein ausgeſprochen, daß die substitutio quasi pupillaris ein Analogon der pupillaris ſeyn ſolle. Das ad exemplum in L. 9. C.

cit. gehe nur auf den Einen Punkt der Ausschließung der Querel. Auch in den Institutionen stehe nichts von einer allgemeinen Gleichstellung, und auf allen Fall müsse man sie nach dem Inhalt ihrer Quelle, der L. 9. C. cit., auslegen. Das Hauptsächlichste für die neue Idee sey aber freilich dies: 1) die alte substitutio pupillaris habe einen guten Rechtsboden gehabt, nämlich die angenommene Fortdauer der väterlichen Gewalt auch noch nach des Vaters Tode bis zur Mündigkeit des Kindes. Bei der Quasi pupillaris aber sey eine fingirte Fortdauer der Gewalt unmöglich, also das Testiren über die eigenen Güter des Kindes ganz beispiellos. 2) Wenn die Eltern blos auf ihre Güter den Substituten rufen könnten, so sey bei der Mehrheit elterlicher Testamente keine Schwierigkeit; im andern Fall aber komme man zu der beispiellosen Erscheinung, daß Jemand aus mehreren Testamenten, und noch dazu verschiedener Personen beerbt werde. 3) Es sey unerhört, daß Jemand über ein schlechthin fremdes Vermögen testire. Auch bekämen 4) die Eltern nach der gemeinen Theorie das ungeheure Recht, wenn keine der, in L. 9. C. cit. erwähnten Notherben vorhanden seyen, mit Uebergehung der nahen Verwandten des Wahnsinnigen dessen Vermögen ganz fremden Personen zuzuwenden.

Dagegen können aber die Vertheidiger der gemeinen Theorie mit vollem Grunde dies erwiedern.

1) Wenn hier von einem, durch Interpretation herauszubringenden Institut die Rede wäre, so könnte man das Unerhörte und Singulaire wohl dagegen anführen. Allein die Frage betrifft ja eine Constitution eben des Kaisers, welcher grade im Schaffen des Neuen seine größte Freude hatte, und mehrfach selbst durch die widernatürlichsten Singularitäten nicht geschreckt ward [30]). Ohnehin machte hier ein weiser Zweck die Singularität eben so noth-

30) Z. B. die Fälle der neuen Suität ohne patria potestas, und adoptio minus plena ohne Rechte des adoptans.

wendig, als entſchuldbar. Denn ſoll der Vater ein Mittel erhalten, ſein hülfloſes Kind gegen Verfolgungen und Lebensnachſtellungen der Inteſtaterben zu decken, ſo kann nur in ſeiner freien testamentifactio das Mittel gefunden werden. Juſtinian führt daher auch offen an, daß er bei ſeiner neuen Subſtitution die humanitas habe geltend machen wollen.

2) Auch darin liegt kein Gegengrund gegen die gemeine Theorie, daß ihr zufolge die Eltern zu offenbaren Unbilligkeiten die volle Freiheit haben. Denn ohne dieſe Freiheit iſt ja der Hauptzweck nicht erreichbar, indem das nöthige Dunkel, oder Helldunkel nicht herausgebracht werden kann, wenn ſich nach geſetzlichen Regeln doch am Ende herausbringen läßt, wer im Teſtament des Vaters als Subſtitut geſchrieben ſeyn muß. Auch bei der substitutio pupillaris ließ ſich ein hartes, und unbilliges Verfahren des Vaters als möglich denken; aber dennoch ward ihm volle Freiheit geſtattet, und mit doppelter Conſequenz. Denn das Römiſche Recht hat von jeher der elterlichen Liebe vor Allem getrauet. Die Hauptſätze der tulela testamentaria beruhen darauf, und Aehnliches kommt überall vor [31]) Selbſt in der, vorhin mehrmals angeführten L. 7. pr. C. de curat. furios. ruft Juſtinian aus: Quis enim talis adfectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum? vel cui alii credendum est res liberorum gubernandas, parentibus derelictis? Gegen kleinliche Beſchränkungen aus Aengſtlichkeit bewahrte hier auch die Römer recht gut ihr männlicher Satz: iura generaliter constituuntur.

3) Aus dem Fall, wenn mehrere Aſcendenten teſtiren, entſteht juriſtiſch gar keine Schwierigkeit. Wenn z. B. die Mutter den A, und der Vater den B zum Subſtituten ſeines wahnſinnigen Kindes ernennt, ſo laſſen ſich die Zweifel

31) Z. B. L. 16. §. 1. 3. de curat. furios. L. 2. C. si et advers. quos. So auch die Tutel der Mutter und Großmutter.

über den Erfolg der Vielheit eben ſo leicht entfernen, als wenn eine einzelne Perſon in demſelben Teſtament 4 verſchiedene Erben als Univerſalerben einſetzte. Denn nach den Grundſätzen über Colliſion iſt mit der Beſchränkung pro rata ſofort alles abgethan. Auch iſt das Succediren aus mehreren Teſtamenten kein monstrum in iure, da es ſich zuweilen ſchon vor Juſtinian findet [32]). Das iſt freilich bei der substitutio exemplaris neu, daß hier aus mehreren Teſtamenten mehrerer Perſonen geerbt werden kann. Allein wenn man alles Neue verwerfen dürfte, weil man dafür in der Vergangenheit keine Belege findet, ſo würde am Ende nichts Neues zu Stande kommen können.

4) Die gemeine Theorie hat nach bloßen Regeln der grammatiſchen Auslegung ganz entſcheidende Gründe für ſich. Zuerſt gehören dahin die einfachen Worte: liceat eis (liberis) substituere in L. 9. C. de impub et al. subst. Denn nach dem, überall in der Lehre von der substitutio pupillaris vorkommenden Redegebrauch heißt das: *liberis* substituere nicht ſo viel, als: ich ernenne mir einen Nachfolger im zweiten Grade, ſondern: ich errichte meinem Kinde ein Teſtament, und da geht dann, auch nach der Regel, daß es keine Teſtamente blos über Theile des Vermögens gibt, das Pupillar-Teſtament auf das geſammte Gut des Kindes. Es kann in dieſer Hinſicht ein recht claſſiſches Muſter zur Vertheidigung unſrer Praxis angeführt werden. In L. 43. pr. de vulg. et pup. subst. kommt nämlich ein Fall vor, daß der Kaiſer dem Vater eines Stummen durch ein Privilegium die beſondre Erlaubniß gegeben hatte: ut muto substituere ei liceret. Paulus interpretirt dies nun, aber er nimmt die Sache unbedenklich als Nachbildung der substitutio pupillaris, und namentlich in Beziehung auf das ganze Vermögen des Kindes. Hätte Juſtinian etwas

32) L. 19. pr. §. 1. de testam. milit. L. 1. §. 6. de bon. poss. sec. tab.

Anderes beabſichtigt, ſo würde er es gewiß durch ein Paar Worte angedeutet haben, daß ſeine Verordnung nur auf das ererbte Gut gehen ſolle. Aber er ſchweigt darüber ganz, wie in dem Codex, ſo auch in den Inſtitutionen. Dazu kommt nun noch das, was L. 9. C. cit. über das Wegfallen der Querel ſagt. Denn eine Querela inofficiosi testamenti gibt es gar nicht, wenn der Erblaſſer ohne Teſtament ſtarb, und doch muß das wahnſinnige Kind als intestatus ſterben, wenn die Eltern nicht ihm ein Teſtament errichten, ſondern im Grunde nur ſich ſelbſt einen Fideicommiſſar ernennen können. Endlich ſind nun aber die Inſtitutionen ganz klar für die Theorie, deren Vertheidigung ich hier unternehme. Das erſte: ad exemplum pupillaris substitutionis im §. 1. I. de pupill. subst. iſt ganz unbeſchränkt ausgeſprochen, und das: qua ratione im Anfange dieſes Paragraphen macht auch den kleinſten Zweifel unmöglich, da es ſich unmittelbar an die vorhergehenden Worte: moribus institutum est, ut quum eius actatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, anſchließt. Die Auctorität der Inſtitutionen läßt ſich auch nicht in dieſem Fall perhorreſciren. Das iſt wahr, daß ſie aus dem Codex, als ihrer Quelle zu ergänzen ſind, wenn ſie nur unbeſtimmt angeben, was im Codex mit voller Genauigkeit geſagt iſt [33]). Allein warum ſollen ſie nachſtehen, wenn der Kaiſer in ihnen ſich noch klarer über ſeine Ideen äußert, als er es im Codex gethan hatte? Schon nach den bekannteſten Grundſätzen über Parallelismus muß man ſich hier für das Erzänzen aus den Inſtitutionen erklären, aber auch noch beſonders deswegen, weil die Inſtitutionen, als Lehrbuch für Anfänger, recht eigentlich den Zweck hatten, die Hauptbegriffe mit voller Klarheit zu entwickeln.

33) Z. B. das: ex patris occasione im §. 1. I. per quas personas cuique acquir.

5) Zuletzt will ich mich nun noch auf einen Vernunftgrund berufen, und ich meyne, auf einen recht tüchtigen. Nach Unterholzner wird nämlich durch die ganze substitutio exemplaris im Wesentlichen nichts herausgebracht, als ein Fideicommiß, wobei der Testator auch über das eine Viertheil, worüber er sonst nicht schalten dürfte, freie Gewalt bekommt. Und warum? Nicht um das Kind gegen Verfolgungen gieriger Intestaterben zu decken, — denn das Kind muß ja in Ansehung seiner, vor und nach dem Tode des Testators erworbenen Güter als intestatus sterben, — sondern im Grunde blos, damit der Testator nach seinem Kopf auch auf jenes Viertheil einen Nacherben bekomme, wie er ihn nun grade haben will. Und für diese Kleinigkeit sollte Justinian einen Bruch des Rechts gewagt, und sich hinter sein: humanitatis ratione versteckt haben! Dazu kommt, daß dieser Grund vollkommen auf alle Kinder paßt, welche nicht testiren können, z. B. Verschwender, und Stumme, welche nicht schreiben können. Und dennoch schweigt der Kaiser von ihnen. Nach der Theorie der Praxis ist dagegen alles einfach erklärt. Unmündige und Wahnsinnige sind hülfloser, als alle andern, der testamentifactio beraubten Kinder. Ihre Sicherheit erfordert es mithin vorzüglich, daß man den Eltern das Recht gibt, durch ein verdecktes Testament eine volle Ungewißheit über die Frage zu schaffen, wer Erbe des Kindes seyn wird, wenn es im Zustande der Schwäche stirbt. Dazu ist nun aber durchaus erforderlich, daß das ganze Vermögen des Kindes ein Gegenstand der elterlichen Verfügung werde, weil sonst nur theilweise, aber nicht ganz geholfen ist, wie doch geholfen werden muß, wo es auf Leben und Gesundheit ankommt.

6) Ueber die Unzuläſſigkeit aller Klagen ausgeſchloſſener Notherben gegen ein Pupillar-Teſtament.

Die herrſchende Idee über die Verhältniſſe der Notherben in Beziehung auf die Pupillar-Subſtitution war bisher, daß ſie gar keine Klage wegen Ausſchließung gegen das Teſtament des Kindes haben, und daß es alſo ganz von der Willkühr des Vaters abhängt, in den secundis tabulis einzuſetzen, wen er will. Neuerlich iſt nun aber der Verſuch gemacht, auch hier aufzuräumen, und der Sache eine ganz andre Geſtalt zu geben [34]).

Die Grundlage jener älteren, wie dieſer neuen Theorie, iſt L. 9. §. 5. de inoffic. test., wo Ulpian ſagt: sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit, nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi pro parte patris (testamentum) rescissum est; tunc enim pupillare valet. Dies Fragment iſt nun jetzt ſo paraphraſirt: Das Teſtament des Kindes bleibe ſtets ſtehen, wenn der Beſchwerdeführer nur Notherbe des Vaters, aber nicht des Kindes, oder umgekehrt, wenn er nur Notherbe des letzten, aber nicht des erſten ſey. Sey er aber Notherbe beider, ſo müſſe man unterſcheiden, ob er das väterliche Teſtament ganz umwerfe, oder nicht. Im erſten Fall gehe natürlich das Teſtament des Kindes, als Nebentheil, auch mit zu Grunde. Im letzten Fall aber bleibe es ſtehen, ſofern nicht zugleich gegen das zweite Teſtament die Klage gerichtet und durchgeſetzt ſey. Das Alles ſoll aber nur nach dem Pandekten-Recht gelten, wonach hier an keine Nulli-

34) Neuſtetel und Zimmern Römiſchrechtl. Unterſ. 1. B. S. 83 — 88.

täts-Querel gegen das Teſtament des Kindes zu denken geweſen ſey, weil ein impubes keine Kinder haben könne, und weil nur im Fall der Präterition den Kindern die Nullitäts-Querel zugeſtanden habe. Allein nach Nov. 115. ſtehe nun auch der, nicht ex causa legitima ausgeſchloſſenen Mutter eine ſolche Nullitäts-Querel zu, und da ſey nicht der entfernteſte Grund, dem Vater die rückſichtloſe Ausſchließung zu geſtatten. Der Grund der älteren Freiheit des Vaters paſſe auch gar nicht auf ſolche formelle Notherben, «weil ſie doch immer in der Ungewißheit lebten, ob ſie nicht exheredirt ſeyen» Uebrigens iſt dabei noch bemerkt, daß ſich aus jener Anſicht leicht erkläre, warum dem Teſtator nur zur Pflicht gemacht ſey, bei der substitutio quasi pupillaris die Nachkommen und Geſchwiſter des wahnſinnigen Kindes, ſofern ſie zu ſeinen Kindern gehörten, einzuſetzen. Denn dieſe ſeyen zugleich ſeine und des Kindes Notherben; die Aſcendenten der andern Linie aber in Rückſicht ſeiner nur Afines.

Ich habe über alle jene Punkte immer andre Anſichten gehabt, und muß nach wie vor bei denſelben beharren. Meine Paraphraſe der L. 8. § 5. de inoffic. test. iſt folgende: Wenn man einmal die gute, und in dem verdorbenen Rom doppelt natürliche [35]) Idee annahm, daß man dem Vater das Recht zu Pupillar-Subſtitutionen geben müſſe, damit er ein Mittel habe, die, zum Teſtiren unfähigen Kinder in die Lage zu bringen, daß Niemand mit Beſtimmtheit wiſſe, wer des Kindes Erbe ſeyn werde, wenn daſſelbe in der Unmündigkeit ſterbe, ſo erforderte auch die Conſequenz das Recht der völlig freien testamentifactio, wie es ſchon im vorigen Aufſatz mehrmals angegeben iſt. Es hätte an ſich genügen können, wenn man offen jenen politiſchen Zweck der Pupillar-Subſtitution angekündigt hätte. Allein bei einer

35) Denn wo findet ſich in der Geſchichte eine Nation mit mehr Habſucht und rohem Geiz!

Sache, welche ſich nur durch die Praxis machen konnte, waren doch rein politiſche Maßregeln, als Werk der juriſtiſchen Willkühr, in einem republikaniſchen Staat gar nicht ad hominem, und ſo mußte man denn der Sache einen juriſtiſchen Anſtrich zu geben ſuchen, wie man es auch ſonſt in ähnlichen Fällen gethan hatte, und überhaupt gern thut [36]). Dazu ließ ſich hier nun auch billig Rath ſchaffen. War nämlich der Ausgeſchloſſene ein bloßer Notherbe des Vaters, ſo konnten die Vertheidiger des Pupillar-Teſtaments ſagen: in Beziehung auf das Kind biſt du kein Notherbe, alſo darfſt du nicht gegen des Kindes Teſtament auftreten. War er dagegen bloßer Notherbe des Kindes, ſo hieß es: das Kind verfuhr nicht lieblos gegen dich, weil ein Dritter für daſſelbe teſtirte. War er endlich Notherbe des Vaters und des Kindes (z. B. ein frater germanus) ſo trafen ihn beide Gründe, der erſte, wenn er die erſte, und der zweite, wenn er die zweite Eigenſchaft geltend machte, welches ganz nothwendig war, da in einem, aus 2 verſchiedenartigen Beſtandtheilen zuſammengeſetzten Mixto nicht mehr ſeyn kann, als in jenen Beſtandtheilen. Dies ſagt nun auch L. 8. §. 5. cit. Denn ſie bringt den Bruder nicht in einen Gegenſatz, ſondern ſtellt ihn ausdrücklich mit ihrem: *ergo* unter das vorher Geſagte. So iſt denn auch ganz undenkbar, daß der Bruder, wenn er wegen ſeiner Ausſchließung im väterlichen Teſtament dieſes Teſtament nicht ganz umwirft, bei einer bloßen rescissio pro parte doch noch einen Angriff auf das Pupillar-Teſtament machen kann. Denn zufolge der obigen Gründe ſind ihm die directen Angriffe auf das Teſtament des Kindes ganz abgeſchnitten; auch ſagt ja L. 8. §. 5. cit. für den Fall einer, bloß zum Theil durchgeſetzten Reſciſſion des

36) Man denke nur z. B. an das Herausdrehen der querela nulli et rupti testamenti aus den Ideen von Irrthum; an den color insaniae bei der querela inofficiosi testamenti, und an Quaſi-Contracte und Quaſi-Delicte.

väterlichen Teſtaments über das Teſtament des Kindes ausdrücklich und unbeſchränkt: tunc pupillare valet.

Die Nov. 115. ändert hierin ganz und gar nichts, wenn ſie auch mehrere Fälle des Ungültigſeyns herbeigeführt hat. Denn ſie redet ja blos von den Pflichten, welche De- und Aſcendenten in ihrem Teſtament gegen ihre Notherben zu beobachten haben, nicht aber von den Verhältniſſen, welche eintreten, wenn Jemand für einen dritten teſtiren darf. Der Grund, warum der Vater bei dem Pupillar-Teſtament volle Freiheit haben muß, bleibt auch immer derſelbe, der ausgeſchloſſene Notherbe mag nun eine querela inofficiosi oder nullitatis haben. Denn das hilft ja nichts, um eine Ungewißheit über die Perſon des Erben herauszubringen, wenn damit eine Nothwendigkeit der Einſetzung verbunden iſt. Freilich kann ein formeller (und ja auch ein nicht-formeller) Notherbe denken: ich bin vielleicht exheredirt. Allein was hilft das? Ich glaube im Ganzen nichts! Denn wenn er ſich bewußt iſt, die Exheredation nicht verdient zu haben, oder wenn er weiß, daß ihm ſeine Unwürdigkeit nicht erwieſen werden kann, ſo iſt die Exheredation nichts für ihn, ſobald er queruliren will; und damit iſt denn die heilſame incertitudo voluntatis zerſtört. Den beſten Beweis für meine Anſicht gibt L. 9. C. de impub. et al. subst. Juſtinian trug hier, ſo zu ſagen, den Baum auf beiden Achſeln. Daß die Aeltern bei der substitutio quasi pupillaris der Conſequenz wegen die gebührende Freiheit in Betreff der Notherben haben müſſen, fühlte er wohl; aber er wollte doch auch in ſeiner Billigkeit den Notherben möglichſt helfen. So kam er denn auf ſein: vel unum, vel certos, vel omnes, damit keiner wiſſe, ob er es grade ſey, aber auch, damit nicht eine Ausſchließung aller erfolge. Bei dieſer Gelegenheit ſind nun die Kinder des Wahnſinnigen zuerſt genannt, in Anſehung deren doch ſchon zur Zeit jener Verordnung zwiſchen querela inofficiosi und nullitatis unterſchieden werden konnte. Allein Juſtinian legt darauf gar kein

Gewicht, und ſpricht dann in Anſehung der Brüder, welche doch nur die querela inofficiosi haben, ganz eben ſo, wie er vorher in Anſehung der Kinder geredet hatte.

Endlich halte ich mich ganz überzeugt, daß es, auch wenn man die vorhin erwähnte neue Auslegung der L. 8. §. 5. de inoffic. test. als richtig gelten läßt, aus dieſem Fragment gar nicht erklärbar wird, warum Juſtinian in L. 9. C. cit. über die Aſcendenten des wahnſinnigen Kindes in Betreff ihrer Einſetzung ſchwieg, aber zum Theil eine Einſetzung der Kinder und Brüder deſſelben anordnete. Denn ſo lange mein Sohn lebt, iſt meines Sohnes Sohn nicht mein Notherbe, alſo nicht zugleich mein und meines Sohnes Notherbe; und doch ſoll er nach L. 9. C. cit. von mir bedacht werden. Will man aber in Gedanken das wahnſinnige Kind weglaſſen, damit aus deſſen Kinde ein Notherbe des Großvaters werde, ſo frage ich: warum nun nicht auch in Gedanken der teſtirende Vater zu entfernen iſt, damit ſein Vater als Notherbe des wahnſinnigen Großſohns feſte Anſprüche bekomme? Ferner: nach L. 8. §. 5. cit. haben übergangene Brüder keine Beſchwerde gegen das Pupillar-Teſtament; aber nach L. 9. C. cit. muß der Vater einen von ihnen einſetzen. Endlich auch noch ein Drittes! Nach L. 9. C. cit. muß die Mutter die Brüder des Wahnſinnigen, wenn ſie ihre leiblichen Kinder ſind, wenigſtens zum Theil einſetzen, alſo auch die fratres uterinos deſſelben. Nun aber ſind fratres uterini im Verhältniß zu einander keine Notherben; mithin hätte hier Juſtinian mehrfach nichts als Fehlſchlüſſe gemacht, wenn er von dem Princip ausgegangen wäre: der Vater muß die, aber auch nur die Perſonen, welche ſeine und der Kinder Notherben ſind, in dem, für das Kind errichteten Teſtament, einſetzen.

7) Ueber den Umfang und die Grenzen der Pflicht zur Gewähr der Mängel und versprochenen Eigenschaften.

Schon die Gloſſatoren, und nach ihnen alle Theoretiker und Praktiker nahmen an, daß dasjenige, was das ädilitiſche Edict über heimliche Mängel und angelobte Eigenſchaften bloß in Beziehung auf Sklaven und Laſtthiere vorgeſchrieben habe, analogiſch auf alle andern Arten beweglicher, ſo wie auf unbewegliche Sachen auszudehnen ſey, einmal der Vernunft und Analogie wegen, und zweitens, weil es in L. 1. de aedil. edict. ſo geſchrieben ſtehe.

Auch dieſe Lehre hat nun vor einiger Zeit einen harten Angriff leiden müſſen, und grade in dieſer Zeitſchrift [37]), worin freilich, weil ſie der Freiheit der Meinungen gern ſo viel als möglich die volle Wirkſamkeit läßt, nicht jeder Artikel als eigne Ueberzeugung der Herausgeber zu behandeln iſt, ſofern ſie nicht ſelbſt ihre eignen Ideen geltend machen. Hart nenne ich jenen Angriff wenigſtens inſofern, als dabei über die frühere Lehre unverhohlen ausgeſprochen iſt: „nur eine geringe hiſtoriſche Forſchung reiche hin, um darzuthun, wie völlig verwerflich dieſe oberflächliche Anſicht an ſich ſey. Dennoch ſcheint mir die alte Lehre aus ganz überwiegenden Gründen der neuen vorgezogen werden zu müſſen.

Folgendes ſind im Weſentlichen die Gründe der verſuchten Neuerung. Grade im Titel P. de aedil. edict. werde von einer Ausdehnung des ädilitiſchen Edicts gar nicht geredet. Zwar ſey noch wohl da und dort in Beziehung auf Immobilien von einer actio redhibitoria etwas geſagt [38]).

---

37) E. Gans: das ädilitiſche Edict leidet keine Ausdehnung, und geht nicht auf alle verkaufbaren Dinge, in dieſem Archiv 2. B. 1. Hft. nr. IX. — Einiges dagegen iſt ſchon geſagt in Neuſtetel und Zimmern Römiſchrechtl. Unterſ. 1. B. S. 209 — 216.

38 Nämlich in L. 49. de aedil. edict. L. 4. C. eod.

Allein dieß ſey nur ein Anſchließen des Edicts an die folgende Praxis, wonach der Verkäufer einer Immobilie mit der Strafe des Doppelten belegt ſey, wenn er, argliſtig verfahrend, etwas lügenhaft in Abrede geſtellt, oder wiſſentlich verſchwiegen habe. Von den Claſſikern ſey auch immer die Gränze des Edicts genau bewahrt, und namentlich werde in L. 1. §. 9. 10. L. 4. pr. de aedil. edicto bei Gelegenheiten, wo der Wortverſtand des Edicts nicht zutreffe, bloß die actio ex emto für zuläſſig erklärt. Wenn daher von Labeo in L. 1. eod. geſagt werde: edictum aedilium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sunt, quam earum, quae mobiles aut se moventes, ſo deute jenes nur auf ein Anreihen an die älteren Vorſchriften der 12 Tafeln, dieſes aber blos auf diejenigen Immobilien, wovon im Edict die Rede geweſen ſey. Für die jetzige Rechtsanwendung ergebe ſich mithin dies bedeutende Reſultat: die actio redhibitoria, wovon im ädilitiſchen Edict die Rede war, geßt nur auf Sklaven, Thiere und Landgüter nebſt deren Zubehörungen. Wegen aller andern Dinge findet kein Zurückgeben, ſondern nur eine Klage auf Entſchädigung Statt.

Erfreulich für die Anwendung iſt dieſe neue Theorie gewiß nicht, inſofern ſie zu Halbheiten führt, welche dem geſunden Verſtande nicht zuſagen können. Zum Glück läßt ſie ſich nun auch durch folgende Gegenbemerkungen gewiß in aller Hinſicht entkräften.

1) Das ädilitiſche Edict war kein jus singulare oder exorbitans ſondern wird von den Claſſikern als etwas angeſehen, was ſich aus der reinen Billigkeit ergebe [39]). Daß die Faſſung des ädilitiſchen Edicts ſehr eng war, läßt ſich freilich wegen der, im Ganzen nur auf das Polizeyliche beſchränkten Amtsgewalt der Aedilen begreifen, und war aus dieſem Grunde ſelbſt nothwendig [40]). Allein das wäre ganz

39) L. 1. §. 2. de aedil. edict.

40) L. 63. eod.

unbegreiflich, wie die Interpretation, besonders unter den Kaisern, nicht darauf sollte gekommen seyn, den billigen Vorschriften der Aedilen durch Analogie den gehörigen Umfang zu geben. Denn eben das ist es ja, was wir überall im Römischen Recht finden, daß die Classiker gute, billige Rechtssätze durch die, jetzt sogenannte logische Ausdehnung auf gleiche Fälle anwandten. Schon die bekanntesten Lehren können dies beweisen, wie z. B. die Tit. ff. si quadrupes und ad L. Aquil. Selbst da, wo bei einem billigen Rechtssatz noch allenfalls an ein singulare hätte gedacht werden können, wird dennoch von den Classikern die Billigkeit als vorgeltend, behandelt, und zur freien analogischen Ausdehnung benutzt [41]). Denkt man nun noch an die, in L. 3. D. de legib. enthaltene Vorschrift: quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri, und an den absoluten Satz in L. 90. de R. J.: in omnibus, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est so verdient die ältere Lehre unsrer Juristen gewiß nicht den Vorwurf, daß sie an sich oberflächlich sey, sondern man muß vielmehr von der neuen Lehre sagen: sie ist in sich unbegreiflich.

2) Die Ausdehnung des Edikts durch Interpretation auf alle Arten der Sachen ist ganz gewiß geschehen, und wir haben hierüber die bestimmtesten Gesetze. In L. 1. pr. de aedil. edict. wird die ganze Lehre gleich mit der allgemeinen Aeußerung eröffnet: Labeo scribit, edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sunt, quam quae *mobiles* aut se *moventes*. Das Edict hatte aber nur von Moventien geredet, und auch von diesen nicht einmal allgemein, sondern nur von Sclaven und Lastthieren. Eben so unbeschränkt sagt Ulpian in L. 63. pr. eod. sciendum est, ad venditiones solas hoc

41) L. 9. §. 2. de edendo. L. 20. de re iudic.

edictum pertinere, non tantum mancipiorum verum *ceterarum quoque rerum*. Die Ausdehnung auf alle Arten der Thiere findet ſich auch in L. 48. §. 6. eod. und auf unbewegliche Sachen in L. 49. eod., L. 4. C. de aedil. act.

3) Die Claſſiker haben zwar die Gränzen des Edicts in einem gewiſſen Sinne ſorgfältig zu bewahren geſucht, aber keineswegs ſo, und in dem Sinne, wie es der Vertheidiger der neuen Theorie genommen hat, ſondern bloß mit Rückſicht auf ihre in L. 12. 13. D. de legib. ausgedrückte Hauptregel, daß die Interpretation nur wegen wirklicher Gleichheit der Gründe die Geſetze erweitern, alſo dafür ſorgen ſoll, daß nichts gegen den Geiſt derſelben geſchehe. Das Edict hatte nämlich in Beziehung auf Sclaven bloß von körperlichen Fehlern geredet, und reden wollen, weil bei der Freiheit des menſchlichen Willens die geiſtigen Fehler etwas rein Zufälliges ſind. Im Fall des dolus ließ ſich hier freilich noch durch die Contracts-Klage nachhelfen. Darauf allein beziehen ſich nun L. 1. §. 7. 9. 10. L. 4. pr. §. 4. de aedil. edict., und ſo drücken ſie denn keineswegs aus, daß man das Edict überhaupt nicht analogiſch anwenden, ſondern nur, daß man es nicht auf Fehler erſtrecken ſoll, welche die Aedilen ſelbſt, aus ſehr guten Gründen, ausgenommen hatten. Auf dieſe Art verwerfen die Claſſiker auch ſonſt noch andere unpaſſende Anwendungen des Edicts [42]). Daraus folgt denn aber augenſcheinlich nicht, daß eine paſſende Erweiterung des Edicts als unerlaubt betrachtet ward.

4) Die Vorſchriften der 12 Tafeln, und die Sätze, welche die alte Praxis hinzuthat, gingen blos auf poſitives und negatives Lügen, alſo auf Wortbrüchigkeit und Argliſt. Viel weiter gingen die Aedilen, indem ſie unbedingt wegen des bloßen Daſeyns eines heimlichen bedeutenden Mangels eine Klage geſtatteten. Auch auf Immobilien angewandt war

42) L. 38. §. 7. eod.

alſo das Edict eine bedeutende Neuerung, und ſo wäre es höchſt unpaſſend, wenn Labeo von einer in der Hauptſache ſchon den 12 Tafeln zuzuſchreibenden Verordnung geſagt hätte, wie er in L. 1. p. D. eod. wirklich ſagt: Das Edict geht auf Immobilien. Nimmt man dagegen an, daß das Edict in ſeiner eigenthümlichen, neuen Vorſchrift, d. h. da, wo es den dolus nicht betraf, auf Immobilien logiſch ausgedehnt ward, ſo iſt alles ganz in der Ordnung, zufolge der Aeußerung von Ulpian in L. 6. §. 1. de V. S. verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex legum verbis. Auch iſt es nach der neuen Theorie völlig unerklärbar, wie Labeo die Acceſſionen, welche ſich immer von ſelbſt verſtehen, und als kleine Art der Mobilien unmöglich ſchlechthin durch das Wort Mobiles bezeichnet werden können, dennoch durch ein in die Mitte hineingeworfenes, unbeſtimmtes: Mobiles andeuten mochte, und wie Ulpian in L. 63. pr. eod. im Stande war, ganz allgemein ſein: ceterarum quoque rerum auszuſprechen.